

# Jurisprudencia Argentina

BS. AS. 22 / 02 / 2006 • ISBN 987-592-066-5 / SUPLEMENTO DEL FASCÍCULO N° 8

DIRECTOR: Alejandro P. F. Tuzio

2006 - I | Suplemento

- **DERECHO ADMINISTRATIVO**

- COORDINADOR: Carlos A. Botassi
- COLABORADORAS: Nidia K. Cicero y Denise Bloch

 LexisNexis®

## Contenido

---

### DOCTRINA

Regulación de las exportaciones de gas natural

**Por Marcelo Brichetto. Pág. 3**

Función administrativa y competencia material contencioso administrativa en la provincia de Buenos Aires

**Por Osvaldo H. Bezzi y Marcelo Bolaños. Pág. 10**

La llamada responsabilidad civil o patrimonial del Estado

**Por Liliana Araldi. Pág. 16**

### JURISPRUDENCIA ANOTADA

**Contratos administrativos (En particular):** Concesión de servicio público – Efectos – Entre concesionario y personal – Compensación por vacaciones no gozadas – Incumplimiento (Corte Sup., 14/6/2005), p. 24.

La competencia de los entes reguladores

**Por Ismael Mata. Pág. 29**

**Contratos administrativos (En particular):** Concesión de servicio público – Control – Ente regulador – Gas – Sistema de penalidades – Figura del comercializador (Corte Sup., 31/5/2005), p. 34.

Entre la voluntad y las palabras

**Por Estela B. Sacristán. Pág. 38**

**Derecho del consumo:** Asociaciones de consumidores – Legitimación – Seguro contra robo de cajero automático – Débito compulsivo (C. Nac. Com., sala C, 4/10/2005), p. 47.

Las asociaciones de usuarios ¿pueden demandar en defensa de derechos subjetivos de carácter patrimonial e individual?

**Por Gerónimo Rocha Pereyra. Pág. 52**

**Poder de policía:** En particular – Del tránsito – Licencia de conductor – Vehículos “clase D” – Impedimentos – Antecedentes penales – Ciudad Autónoma de Buenos Aires (C. Cont. Adm. y Trib. Ciudad Bs. As., sala 2ª, 31/5/2005), p. 60.

Algunas reflexiones sobre interpretación, legalidad y razonabilidad

**Por José S. Elias. Pág. 75**

### ACTUALIDAD JURISPRUDENCIAL

Provincia de Santa Fe: Reseña de jurisprudencia de Derecho Administrativo 1/2006

**Por Gisela Zingaretti. Pág. 80**

9) Que así definido el concepto de comercializador por el art. 14 ley 24076, no cabe asignar a la resolución administrativa impugnada la configuración de un exceso reglamentario prohibido por el art. 31 CN. o un vicio de incompetencia en el ejercicio del poder reglamentario, pues el alcance de dicho concepto –según se señaló precedentemente– no proviene de una indebida explicación contenida en la reglamentación, sino de la propia figura creada por el legislador.

Tampoco resulta atendible el agravio relativo a que la obligatoriedad de inscripción en el Registro de Comercializadores y de Contratos de Comercialización y el pago de un derecho de inscripción de \$ 2000 dispuestos por la resolución Enargas 421/1997, t.o. por la resolución 478/1997 (que reposa en el ejercicio de facultades que conceden a ese ente, la ley 24076, en el art. 52, incs. d, xy t) –ver, por remisión de este último, los arts. 75 y 78 ley 17319 (9)– y el anexo I art. 38 decreto 1738/1992 (10), vulnera el art. 14 CN., en tanto únicamente se basa en la escueta alegación de que tal previsión "... comporta una indebida restricción a la libertad de comerciar, que sólo podría haber sido dispuesta por el Congreso Nacional..." (fs. 253).

10) Que, sentado lo anterior, deben ser rechazadas las impugnaciones relativas a la inconstitucionalidad del régimen de penalidades previstas por la resolución del Ente Enargas 421/1997 (t.o. por la resolución del mismo ente 478/1997) pues, en tanto remiten a la hipótesis de la eventual aplicación de una sanción, constituyen un cuestionamiento abstracto que provocaría la intervención de esta Corte en un simple carácter consultivo (doctrina de Fallos 307:531 y 1656; 310:211; 316:687 [11]; 321:221, entre muchos otros).

Por lo expuesto, habiendo dictaminado el procurador general, se rechaza el recurso extraordinario interpuesto y se confirma la sentencia recurrida. Las costas correrán por su orden, en atención a la complejidad de la cuestión planteada (art. 68 párr. 2° CPCCN. [12]). Notifíquese, regístrese y, oportunamente, devuélvase.

(1) LA 1992-B-1636 – (2) LA 1995-A-26 – (3) ALJA 1853-1958-1-14 – (4) JA 1997-II-130 – (5) JA 1992-IV, síntesis – (6) JA 1994-II, síntesis – (7) JA 1995-III-278 – (8) JA 1997-III, síntesis – (9) ALJA 1967-B-1355 – (10) LA 1992-C-3484 – (11) JA 1995-III, síntesis – (12) t.o. 1981, LA 1981-B-1472.

## Entre la voluntad y las palabras

Por Estela B. Sacristán

### SUMARIO:

**I. Introducción.– II. Hechos relevantes.– III. Definición de fuente legal en sentido formal.– IV. Definiciones reglamentarias.– V. El caso.– VI. La solución de la Corte Suprema.– VII. Los diversos criterios adoptados y un planteo.– VIII. Las opciones metodológicas.– IX. La opción metodológica en sede regulatoria.– X. La opción metodológica en sede judicial.– XI. En conclusión**

### I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, los entes reguladores son entidades dotadas –como pequeños Estados que son (1)– de facultades para dictar actos sustancialmente normativos, para ejercer facultades jurisdiccionales y para, en fin,

llevar adelante la función administrativa que sea menester para el cumplimiento de sus cometidos (2). Ahora, cuando el ente regulador está creado por ley, resulta natural detenerse en esta última para indagar en qué competencias expresas o implícitas posee aquél. Si del ejercicio de facultades cuasilegislativas o de sustancia

(1) O, como se puntualizara, un estado dentro del Estado (conf. Bianchi, Alberto B., "La regulación económica", t. I, 2001, Ed. Ábaco, p. 267).

(2) Esta fusión de potestades en un solo ente de la Administración, y en especial el ejercicio de la potestad reglamentaria, en detrimento de la legitimación normativa del Congreso, es puntualizada por Cassagne, Juan C., "De nuevo sobre los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo", en AA.VV., "El Derecho Administrativo hoy", 1996, Ed. Cs. de la Administración, ps. 24/30, esp. p. 30, con cita de Grecco, Carlos M., su recensión en Revista de Derecho Administrativo, n. 4, 1990, Ed. Depalma, ps. 399/406, esp. p. 405.

normativa se tiende a la separación de funciones y a la indagación de la más delicada. tampoco debe del art. 31 CN Suprema que pues de él surgen los para determinar la l cance general

### II. HECHOS

La actora es u leo y al gas (4) cias ordinaria: compra gas p esto es, realiz terceros; y tal ( administrativo era de produc en ese año e compras y ver colocarían a q emanado del

### III. DEFINICIÓN EN SENTIDO

Como se rec sujetos activo quiso que la j regulación, a gas, que sí ex

De otra parte comercializac además; sujk aquélla se br cializador qui ceros. En el p con base en el rólulo subj ej., ser produ

(3) "YPF S.A. (4) Se tendrá j predominante Argentino del hacerse espe Civitas, Madrid (5) C. Nac. Cc (6) Conf. arts. (7) Art. 9 ley 2 (8) Del 3/2/15

er rechazadas  
 itucionalidad  
 la resolución  
 ción del mismo  
 en a la hipótesis  
 ión, constituy  
 vocaría la inter  
 rácter consultivo  
 356; 310:211  
 os otros).

lo el procurador  
 nario interpues  
 . Las costas co  
 mplejidad de la  
 CCN. (12)). No  
 devuélvase.

- (3) ALJA 1853-  
 992-IV, síntesis
- (8) JA 1997-III,  
 1992-C-3484 -  
 1981-B-1472.

la que  
 ay palabras,

B. Sacristán

tido formal.-  
 ma.- VII. Los  
 IX. La opción  
 icial.- XI. En

que sea me-  
 didos (2). Aho-  
 r ley, resulta  
 dajar en qué  
 aquél. Si del  
 de sustancia

t. I, 2001, Ed.

lamentaria, en  
 e los principios  
 s. de la Admi-  
 istrativo, n. 4,

normativa se trata, dada la eventual afectación de la  
 separación de poderes que podría suscitarse, la tarea  
 de indagar en los límites de esa competencia se torna  
 más delicada. No puede paralizarse al regulador; pero  
 tampoco debe causarse agravio a la regla emergente  
 del art. 31 CN. (LA 1995-A-26). El fallo de la Corte  
 Suprema que motiva estas líneas (3) es importante,  
 pues de él surgen criterios casi diametralmente opues-  
 tos para determinar los límites de esa competencia  
 sustancialmente normativa y, por consiguiente, para  
 determinar la legitimidad o ilegitimidad del acto de al-  
 cance general impugnado. Veamos.

**II. HECHOS RELEVANTES**

La actora es una conocida empresa dedicada al petró-  
 leo y al gas (4). Según quedara resuelto en las instan-  
 cias ordinarias, entre otras actividades que realiza,  
 compra gas perteneciente a terceros y luego lo vende,  
 esto es, realiza compra y venta de gas producido por  
 terceros; y tal como fuera manifestado en el expediente  
 administrativo, el 54,4% del gas que vendió en 1997  
 era de producción propia y el 45,6% restante vendido  
 en ese año era gas producido por terceros (5). Estas  
 compras y ventas de gas dieron origen a la causa, pues  
 colocarían a quien las realizara en un régimen especial,  
 emanado del regulador, tachado de ilegítimo.

**III. DEFINICIÓN DE FUENTE LEGAL  
 EN SENTIDO FORMAL**

Como se recordará, los productores de gas son sólo  
 sujetos activos de la industria; además, el privatizador  
 quiso que la producción operara en un marco de des-  
 regulación, a diferencia del transporte y distribución de  
 gas, que sí constituyen servicio público (6).

De otra parte, la Ley del Gas 24076 establece que los  
 comercializadores son sujetos activos de la industria y,  
 además, sujetos de dicha ley (7), y en el art. 14 de  
 aquélla se brinda una definición específica: es comer-  
 cializador quien compra y vende gas por cuenta de ter-  
 ceros. En el plano de la causación, el legislador definió  
 con base en un juego de supuestos fácticos objetivos;  
 el rótulo subjetivo de quien realiza esas acciones -por  
 ej., ser productor- es extraño a la calificación. Y esos

meros extremos fácticos de compra de gas de terceros  
 y posterior venta no colocan automáticamente a quien  
 las realiza en la categoría de comercializador; también  
 se requiere otro dato de la realidad: que esa compra y  
 venta sea por cuenta de terceros. Por tanto, la compra  
 y posterior venta de gas por cuenta exclusiva de quien  
 realiza esas operaciones escapa a los presupuestos  
 fácticos apuntados y no habilita la calificación de la  
 actividad como comercialización.

En otras palabras, bajo la definición legal, y al solo título  
 de hipótesis, el productor que comprare gas y poste-  
 riormente lo vendiera, por cuenta de terceros, sería un  
 comercializador; y el productor que comprare gas y lue-  
 go lo vendiera, por cuenta propia, no sería comerciali-  
 zador.

**IV. DEFINICIONES REGLAMENTARIAS**

Casi cinco años después de sancionada la ley 24076  
 el Ente Nacional Regulador de Gas dictó la resolución  
 421/1997 (8), por la cual, en lo sustancial, creó un  
 registro de comercializadores autorizados por dicho  
 ente, quienes obrarían una tasa destinada a solventar  
 los costos de mantenimiento del registro. Interesa re-  
 tener que el art. 1 de ese acto brindó una definición:

"Considerase comprendido dentro del concepto de co-  
 mercializador establecido en el art. 14 ley 24076, a  
 todo aquel que, con excepción de las compañías dis-  
 tribuidoras o subdistribuidoras de gas por redes, efec-  
 túe transacciones de compraventa de gas natural y/o  
 de su transporte, por sí o por cuenta y orden de terce-  
 ros, cualquiera fuere el título de la obligación".

Surge de la motivación de esta resolución que la misma  
 fue dictada unilateralmente por el ente, y, a los fines  
 de la fundamentación de la competencia ejercida, ade-  
 más de invocar previsiones expresas de la ley y su re-  
 glamentación, tuvo que apelar a la fuente que lo habilita  
 para el ejercicio de competencias implícitas, vgr., el inc.  
 final del art. 52 ley 24076.

Cierta actividad siguió a la publicación de esa resolu-  
 ción: el 31/3/1997 comparecieron ante el Enargas tan-  
 to la Cámara de Empresas Petroleras Argentinas como

- (3) "YPF S.A. v. Enargas s/resoluciones 421/1997 y 478/1997", Fallos 328 (31/5/2005).
- (4) Se tendrá presente que las compañías petroleras producen tanto petróleo como gas dado que los yacimientos pueden ser predominantemente productores de uno u otro hidrocarburo, aunque ambos surgen en general conjuntamente (conf. Instituto Argentino del Petróleo y del Gas, "El abecé del petróleo y del gas en el mundo y en la Argentina", 2000, ps. 1/5 y 1/6). Al hacerse especial hincapié en los hechos del caso se sigue a Gordillo, Agustín, "El método en Derecho", cap. V, 1988, Ed. Civitas, Madrid.
- (5) C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 3ª, "YPF S.A. v. Enargas-resolución 421/1979 y 478/1997", del 26/10/1990, consid. X.
- (6) Conf. arts. 1 y 9 ley 24076 (LA 1992-B-1636).
- (7) Art. 9 ley 24076.
- (8) Del 3/2/1997, B.O. del 11/2/1997.

la Cámara de la Industria del Petróleo solicitando el dictado de una resolución aclaratoria, pues a tenor de la resolución 421/1997, se les iba a aplicar a los productores un régimen extraño a ellos, enderezado a abarcar a otros sujetos (9).

El ente regulador resolvió el pedido de aclaraciones mediante una segunda resolución: la resolución 478/1997 (10), por medio de la cual modificó, en lo que interesa, la redacción del art. 1 antes transcrito, aprobando un texto ordenado de la anterior resolución 421/1997. La misma fue notificada a ambas Cámaras industriales y publicada en el Boletín Oficial.

El art. 1, en su nueva redacción, pasó a rezar:

"Considérase comprendido dentro del concepto de comercializador establecido en el art. 14 ley 24076 a todo aquel que, con excepción de las compañías distribuidoras o subdistribuidoras de gas por redes, efectúe transacciones de compraventa o compra y venta de gas natural y/o de su transporte, por sí o por cuenta y orden de terceros. Quedarán asimismo sometidos a las disposiciones contenidas en la presente, los productores que comercialicen gas natural y/o su transporte; es decir compren gas natural de la producción de terceros y/o su transporte para luego venderlo".

Surge de la motivación de esta resolución que la misma fue dictada previo actividad los administrados peticionantes (las dos Cámaras mencionadas), y, a los fines de la fundamentación de la competencia ejercida, también se apeló, entre otras facultades, a las facultades implícitas del ente (inc. final del art. 52 Ley del Gas) y del directorio de dicho ente (inc. final del art. 59 Ley del Gas).

### V. EL CASO

Como puede verse confrontando, simplemente, el art. 14 ley 24076 y el texto legal transcrito (art. 1 resolución 421/1997, t.o. por resolución 478/1997), el ente resolvió desdoblar la definición establecida en la ley en dos juegos de supuestos fácticos alternativos, a saber: (i) "todo aquel que (...) efectúe transacciones de compraventa o compra y venta de gas natural y/o de su

transporte, por sí ..."; (ii) "todo aquel que (...) efectúe transacciones de compraventa o compra y venta de gas natural y/o de su transporte, (...) por cuenta y orden de terceros...". Pero lo que interesa, de cara a los hechos involucrados en la causa, no es esta parte 1ª del art. 1, sino la parte 2ª, que, derechamente, desplazaba hacia los alcances de la categoría comercializador al productor que no vende gas de su propia producción sino que compra gas natural de la producción de terceros para luego venderlo.

Como se dijo, en 1997 el 45,6% de las ventas de la actora habían abarcado gas producido por terceros (11). Mediante la ciega aplicación de esta parte 2ª del art. 1 la productora actora iba a quedar comprendida en todas las consecuencias jurídicas de la categorización como comercializador.

Publicada la resolución 421/1997, t.o. según resolución 478/1997, YPF S.A., productora, planteó, ante el ente regulador, el reclamo impropio del art. 24 inc. a LPA., impugnando, en lo esencial, el art. 1 -según el texto ordenado- ya transcrito (12).

Al efectuar ese reclamo impropio admitió que "es posible que pueda comprar gas de terceros y de no usarlo o de haber un excedente, vender el mismo a terceros"; puntualizó que "nadie niega que (...) comercializa gas natural, pero ello no la convierte en un 'comercializador' a los efectos de la citada norma" (13). Y adujo -en lo sustancial- que la resolución era nula por ser contraria a la ley 24076 y por haber sido dictada fuera de los alcances de la competencia de su emisor; como productora, se la estaba incluyendo erróneamente en un régimen legal que se aparta del art. 14 ley 24076, y era procedente la suspensión de la aplicación del acto atacado (14). Resulta relevante señalar que se efectuaron, en el reclamo impropio, consideraciones relativas al dominio del gas comprado, y luego vendido (15), pero el ente regulador señaló que lo determinante es que no adquiere el gas de terceros para su consumo propio.

Rechazado el reclamo impropio por resolución 623/1998 (16), la empresa planteó demanda ordinaria contra el Enargas con el objeto de obtener la declaración de nulidad de la resolución impugnada (17).

(9) Resolución Enargas 478/1997, consid. 1 y 2.

(10) Del 18/7/1997, B.O. del 30/7/1997.

(11) Consid. X, párr. 3º, sent. cit. en nota 5.

(12) Véase consid. III de la sent. cit. en nota 5.

(13) Consid. 20, resolución Enargas 623/1998.

(14) Consids. 2 y 3, resolución Enargas 623/1998.

(15) Consid. 39, resolución Enargas 623/1998.

(16) Resolución 623/1998; id. nota 12. Dicha resolución, asimismo, se halla publicada en [www.enargas.gov.ar](http://www.enargas.gov.ar).

(17) Véase consid. I de la sentencia cit. en nota 5.

Dicha de recto (18 Nacional tratativo Fe de la act dificultad tal modo pretación parlamer

Agravada federal in asimilado pues no i esto es, r terceros. en forma sancione dictado n

### VI. LA S

La mayor dictamen timó que concepto y vende g ilegítima. jarse sin dictase ni se decidí

Para así n ciones dis para sí: e diéndose hace per comercializze compre, 1 vendiénd como cor bién adq

Como pu criterio de mo propio derlo) cor ductor qu art. 14 le criterio di

(18) Véase (19) Véase (20) Dres. (21) Véase (22) Consi (23) Así, ei

Dicha demanda, reencuadrada como recurso directo (18), culminó con una resolución de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal por la cual se rechazó el recurso directo de la actora, con costas por su orden, atento a las dificultades de la cuestión a decidir. Para resolver de tal modo dicho tribunal se basó –en lo que a la interpretación del art. 14 ley 24976 hace– en el debate parlamentario previo a la sanción de la Ley del Gas.

Agravada, la actora planteó el recurso extraordinario federal insistiendo –en lo sustancial– en que se la había asimilado a la figura del comercializador ilegítimamente pues no intermedia en el mercado del gas natural (19), esto es, no compra y vende gas natural por cuenta de terceros. De tal modo –aducía– venía a quedar incluida, en forma ilegítima, en todo el régimen de control y sanciones previsto en la reglamentación impugnada, dictado mediante un exceso reglamentario del ente.

#### VI. LA SOLUCIÓN DE LA CORTE SUPREMA

La mayoría de la Corte Suprema (20), compartiendo el dictamen de la Procuración General de la Nación, estimó que la resolución impugnada, que incluía en el concepto de comercializador al productor que compra y vende gas de terceros para su venta posterior, era ilegítima. Por ello el alto tribunal resolvió que debía dejarse sin efecto la sentencia apelada, ordenando se dictase nuevo pronunciamiento con arreglo a lo que allí se decidía.

Para así resolver la Corte Suprema distinguió dos situaciones distintas (21): (i) que el productor compre el gas para sí: ese gas pasa a integrar su patrimonio, confundiendo con el gas propio, y su venta posterior no le hace perder tal condición de productor; (ii) que el comercializador no adquiera el gas para sí sino que lo compre, tal vez lo acopie o acumule, y lo venda, pero vendiéndolo por cuenta de terceros. Y no encuadra como comercializador el productor que, como tal, también adquiere gas de terceros.

Como puede verse, donde el ente regulador aplicó el criterio de adquisición del gas de terceros para consumo propio u otra adquisición distinta (por ej., para venderlo) como sustento de exclusión o inclusión, del productor que compra el gas para luego venderlo, en el art. 14 ley 24076, el máximo tribunal se apoyó en un criterio distinto: un criterio patrimonial según el cual el

productor compra el gas, éste pasa a integrar su patrimonio, su propiedad, fundiéndose el gas por él producido con el gas por él adquirido, y luego vende gas. Correlato de ello sería que el comercializador que no compra el gas para sí sino que lo compra y vende por cuenta de terceros nunca registraría en su patrimonio el ingreso y posterior egreso de ese elemento.

Más allá del acierto económico de la solución adoptada de cara a los intereses invocados por el autor de la reglamentación –análisis que, en un marco de oportunidad, depararía adentrarse en cuestiones tales como las de eficiencia de mercados, o de protección de la competencia para proteger a los usuarios–, cabe reflexionar acerca del criterio de interpretación adoptado en las diversas instancias. Ello, pues, como se verá en seguida, el regulador, la Cámara y la disidencia en el fallo de la Corte Suprema recurrieron a las opiniones producidas durante el trámite legislativo, y la mayoría de la Corte Suprema apeló al texto de la norma.

#### VII. LOS DIVERSOS CRITERIOS ADOPTADOS Y UN PLANTEO

Según expresa la mayoría de la Corte Suprema, debe estarse a una interpretación literal del art. 14 Ley del Gas, y de esa interpretación literal surge que la norma requiere comprar y vender gas por cuenta de terceros.

Ese criterio, de apego a la letra de la ley, desplaza la técnica interpretativa que adoptara el tribunal inferior, el cual consideró que para interpretar adecuadamente esa norma era útil considerar el debate parlamentario que se produjera con motivo de la sanción de la ley 24076 (22), concluyendo en que no se excluía del concepto de comercializador a quien compraba y vendía gas por sí. La lectura del fallo del alto tribunal también evidencia que apeló a específicas piezas del trámite legislativo la fundada disidencia que en el fallo se produjera.

Los extremos hasta aquí expuestos sintéticamente podrían llevar a preguntarse si se está neutralmente ante dos soluciones distintas sólo en razón del específico criterio de interpretación adoptado por un tribunal o por una mayoría. Pero resulta más fructífero adoptar un sendero distinto para indagar en el caso que ocupa estas líneas. Quien dictara la resolución 623/1998, de rechazo del reclamo impropio, invocó los antecedentes parlamentarios (23) para especificar el alcance del tér-

(18) Véase consid. II y III de la sentencia cit. en nota 5.

(19) Véase cap. II párr. 2º acáp. b del dictamen de la Procuración General ante la Corte Suprema del 26/12/2002.

(20) Dres. Belluscio, Boggiano, Zaffaroni, Highton de Nolasco y Argibay.

(21) Véase cap. IV del dictamen de la Procuración General ante la Corte Suprema del 26/12/2002.

(22) Consid. IX de la sentencia cit. en nota 5.

(23) Así, en la resolución 623 citada se lee: "En el estudio del reclamo en análisis, y a los efectos de constatar el espíritu del

mino "comercializador" que se volcará en el acto general impugnado, resolución 421/1997, t.o. por resolución 478/1997. Posteriormente el tribunal inferior analizó los debates parlamentarios (consid. IX); a su turno la mayoría de la Corte Suprema adoptó un criterio literal (cap. IV del dictamen al que se remitiera). Y la disidencia de los Dres. Petracchi, Fayt y Maqueda recurrió a los específicos informes producidos por las comisiones parlamentarias (consids. 4 a 8).

Así las cosas, cabe preguntarse: (i) ¿cuál era la opción metodológica disponible para el ente regulador, si es que la había, a los fines del rechazo del reclamo impropio, vgr., a los fines de fundar la defensa de la definición de comercializador sentada en la resolución 421/1997, t.o. por resolución 478/1997?; y, yendo aún más lejos, (ii) ¿cuál era la opción metodológica en sede judicial?

### VIII. LAS OPCIONES METODOLÓGICAS

Como es sabido, cuando se indaga en el significado de una norma debe establecerse una opción metodológica a tal fin; por ej., recurrir invariablemente al significado que las decisiones jurisprudenciales puedan haber otorgado a los términos, o al significado literal de los términos empleados tal vez con base en un diccionario,

o al significado que el contexto pueda brindar, entre muchos otros supuestos (24).

En nuestro país esa opción metodológica, cuando quienes interpretan la norma son los magistrados, se halla reglada, para la cuestiones civiles, con alcances generales, por el art. 16 CCiv., y nada parece obstar a su aplicabilidad en el ámbito de cuestiones contencioso administrativas y, específicamente, en el marco de un recurso directo contra el rechazo de un reclamo impropio. Según dicho artículo, al ejercer la obligatoria competencia de resolver (art. 15 CCiv.) el magistrado acudirá: (i) a las palabras de la ley; (ii) al espíritu de la ley; (iii) a los principios de leyes análogas; (iv) a los principios generales del derecho, teniendo en consideración (v) las circunstancias del caso.

La Corte Suprema ha privilegiado en forma expresa el primero de los criterios recién reseñados al sostener que la primera fuente de la ley es su letra (25). También ha hecho hincapié en el solo texto legal (26). Y considerando la serie de criterios reseñados en el párrafo anterior emergentes del art. 16 CCiv., también afirmó que el primer método de interpretación al que cabe acudir el juez es el literal, conforme al cual debe atenderse a las palabras de la ley (27). Esas palabras, a su vez, poseen el significado que surge del lenguaje común (28),

legislador al momento de la creación del Marco Regulatorio de la Industria del Gas, se han evaluado los antecedentes parlamentarios que dieran origen al mismo, transcribiendo a continuación las definiciones que resultan de interés para la solución del conflicto planteado (...). Tal como surge del Diario de Sesiones del Senado de la Nación, referido a la sesión ordinaria llevada a cabo el 14/11/1991 (...) se consideró que 'se prevé la figura del comercializador que en general se estima que actuará como agente de ventas del o de los productores, colocando el gas disponible en el mercado de la forma más ventajosa' (...). En dichos antecedentes parlamentarios se expresó que 'en el título referido a las limitaciones hay una serie de artículos que procuran evitar la prácticas monopólicas entre quienes realizan la actividad. Básicamente estas prevenciones provienen de recomendaciones efectuadas en otros países, basadas en leyes antimonopólicas o *antitrust*' (...). También se agregó que 'las extensas facultades del ente han sido enumeradas en el proyecto y establecen todas ellas importantes responsabilidades. Van desde aspectos técnicos, normas de seguridad, especificaciones de control de calidad, hasta aspectos económicos, como evaluar las correspondientes tarifas y actuaciones, prevenir conductas anticompetitivas o monopólicas, etc. En particular se hace hincapié en la publicación de los acuerdos y en la publicidad de los actos' (...). Por lo tanto, la intención del legislador y el espíritu de la norma, indican que el alcance del concepto de comercializador referido en el marco regulatorio, resulta congruente con el otorgado por el art. 1 de la resolución impugnada. En tal sentido, el legislador observó la actividad desarrollada por el sujeto para considerarlo comercializador, no limitando su definición a otras actividades que pueda desarrollar simultáneamente. Es así que, en tanto un productor realice actividades que resulten inherentes al comercializador, estará sujeto a las disposiciones aplicables a las mismas, independientemente de su función de productor de gas natural".

(24) Sin perjuicio de las clásicas obras en la materia, tales como, Aftalión, Enrique R., García Olano, Fernando y Vilanova, José, "Introducción al Derecho", 1960, Ed. El Ateneo; Eskridge, William N., JR. y Frickey, Phillip, "Legislation. Statutes and the creation of public policy", West, St. Paul, Minn., ps. 569/843, entre otras, puede ampliarse en Cárcova, Carlos M., "¿Qué hacen los jueces cuando juzgan?", en *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, vol. 35, 2001, ps. 7/17; López Mesa, Marcelo J., "Interpretación de la ley", en LL 1996-A-1116/1125; entre muchos otros.

(25) "Ortiz Almonacid, Juan C. s/acción de amparo", Fallos 322:385 (1999) (JA 2000-III, síntesis), voto del Dr. Bossert; "Fayt, Carlos S. v. EN. s/proceso de conocimiento", Fallos 322:1616 (1999) (JA 1999-IV-617); "Banco Ganadero Argentino v. Medicina Técnica s/ejecución hipotecaria", Fallos 326:4909 (2003), mayoría integrada por los Dres. Fayt, Maqueda, Zaffaroni, Leal de Ibarra y Pérez Petit; "Palillo, Rubén v. Ejército Argentino", Fallos 328 (17/5/2005), voto del Dr. Zaffaroni.

(26) "Hilb, Nora I. y otro", Fallos 305:1074 (1983).

(27) "Fayt, Carlos S. v. Estado Nacional s/proceso de conocimiento", Fallos 322:1616 (1999), disidencia del Dr. Bossert; "Banco Ganadero Argentino v. Medicina Técnica s/ejecución hipotecaria", Fallos 326:4909 (2003).

(28) "Pulio", Fallos 258:75 (1964) (JA 1964-III-95); "Genaro y Andrés de Stefano S.A.C.I. Cia. Alabern Fábrega Vapor Rheinstahl S.A. v. Dirección Nacional de Aduanas", Fallos 283:111 (1972) (JA 15-1972-455); "Gómez Montero", Fallos

con el sentido diario (29).

Lo propio ha al sostener q ma, a las pa interpretació una repugna bras según s extensiva la i patrimonial (

### IX. LA OPCION EN SEDE R

En los hechc acto de alcar el Boletín Ofi ción 421/19: -valga la redi reglando, en juegos de suj do la categor zar el reclamu argumentos- tarios que en parecería ha aquella que j en el marco (

Como se reci cánones apli una ley clar pendiente me te una ley y si apelando a k terpretación ción del pei tiempo de di

302:429 (199 síntesis); "Reig Martínez, Naz Fallos 318:10 s/amparo, ley "Toso, Gabriel Fallos 326:16 (29) Id. nota 2 (30) "INS. v. P (31) "Dartmot (32) "Gibbons (33) Puerden c Communicatio (34) Véase no (35) Linares Q (36) Véase Pr (37) Dalla Via, imperio de la j

con el sentido más obvio según el entendimiento ordinario (29).

Lo propio ha hecho la Corte Suprema norteamericana al sostener que debe estarse a las palabras de la norma, a las palabras del legislador (30), salvo que de la interpretación literal surja un absurdo o un engaño o una repugnancia (31); y que deben tomarse las palabras según su uso en el sentido natural (32); haciendo extensiva la interpretación literal a casos de contenido patrimonial (33).

### IX. LA OPCIÓN METODOLÓGICA EN SEDE REGULATORIA

En los hechos, en el caso, el ente regulador dictó un acto de alcance general, oportunamente publicado en el Boletín Oficial, de tenor interpretativo (art. 1 resolución 421/1997, t.o. resolución 478/1997), en el cual —vaiga la redundancia— interpretó el art. 14 ley 24076, reglando, en ejercicio de su potestad reglamentaria, los juegos de supuestos fácticos que darían como resultado la categorización como comercializador. Y al rechazar el reclamo impropio resolvió invocando —entre otros argumentos— pasajes de los antecedentes parlamentarios que entendía relevantes (34). Al así haber hecho, parecería haber ejercido una opción metodológica: aquella que privilegia buscar la voluntad del legislador en el marco de un enfoque exegético.

Como se recordará, a juicio de la escuela exegética los cánones aplicables son los siguientes: (i) cuando existe una ley clara y expresa se la aplica sin más, independientemente de que sea justa o no; (ii) cuando existe una ley y su texto es oscuro o dudoso se la interpreta apelando a las reglas del lenguaje y la gramática —interpretación gramatical—, o mediante la reconstrucción del pensamiento o voluntad del legislador al tiempo de dictar la ley, para lo cual se recurre al texto

de las discusiones en las Cámaras legislativas —interpretación lógica—; (iii) finalmente, cuando no existe la ley expresa se recurre a leyes análogas sobre la base de la intención presunta del legislador; y en defecto de las leyes análogas se apela a los principios generales del derecho (35).

En el caso el ente estaba enfrentado a una ley clara y expresa: el art. 14 ley 24076, que define comercializador como quien compra y vende gas por cuenta de terceros. Empero, a fin de incorporar en forma expresa al productor, que compra y vende gas, en esa definición se adentró en el segundo paso de una interpretación exegética de la definición legal para reconstruir la voluntad del legislador a la luz de los antecedentes parlamentarios. Esa aparente voluntad legislativa —se sobreentendió— no obstaba a aumentar los supuestos fácticos consagrados en el art. 14 Ley del Gas; antes bien, los avalaba.

La interpretación exegética ha sido pasible de críticas por parte de la doctrina, incluso regulatoria (36).

1. Se han enumerado diversas dificultades ínsitas en averiguar la abstracta intención del legislador con base en fijar quiénes son exactamente los autores de la ley (entre nosotros, recordemos que el trámite legislativo involucra a dos poderes del Estado), cuáles son las opiniones que se considerarán (de los legisladores en el recinto, de las comisiones especializadas intervinientes, entre otros supuestos), cuáles son las expectativas que tuvo el legislador, vgr., las esperanzas que tenía al sancionar cierto texto, cuáles pudieron ser los estados mentales contrafácticos de aquél emergentes de la realidad que rodea el trámite de la ley de que se trate, a juego con otros trámites presentes o futuros (37).

2. También se ha señalado que el concepto de voluntad legislativa es de por sí elusivo pues parecería referirse

302:429 (1980); "Saneamiento y Urbanización S.A. (TF. 13263-I) v. DGI. s/apelación", Fallos 321:153 (1998) (JA 1998-III, síntesis); "Reig Vázquez Ger y Asociados v. MCBA.", Fallos 314:458 (1991) (JA 1991-III-155), disidencia de los Dres. Cavagna Martínez, Nazareno y Moliné O'Connor; "Bolaño, Miguel A. v. Benito Roggio e Hijos S.A., Ormas S.A., UTE. y Proyecto Hidra", Fallos 318:1012 (1995) (JA 1995-II-507), voto del Dr. Nazareno; "Georgalos Hnos. v. PEN., MEOSP., ley 25063 y otro s/amparo, ley 16986", Fallos 324:291 (2001); "AFIP. v. Povoio, Luis D. s/infr. art. 40 ley 11683", Fallos 324:3345 (2001); "Toso, Gabriel A. s/apelación clausura y multa", Fallos 325:2500 (2002); "Lema, Armando E. y otra s/acción de amparo", Fallos 326:1609 (2003) (JA 2003-III-576), voto del Dr. Carlos S. Fayt.

(29) *Id.* nota 28.

(30) "INS. v. Phinpathya", 464 US. 183 (1984).

(31) "Dartmouth College v. Woodward", del año 1819.

(32) "Gibbons v. Ogden", 22 US. 1 (1824); "McPherson v. Blacker", 146 US. 1 (1892).

(33) Pueden compararse el voto de la mayoría, liderado por el *justice* Scalia, y la disidencia del *justice* Breyer en "Federal Communications Commission v. Nextwave Personal Communications Inc. et al", fallado el 27/1/2003.

(34) Véase nota 23.

(35) Linares Quintana, Segundo V., "Tratado de interpretación constitucional", 1998, Ed. Abeledo-Perrot, ps. 59/60.

(36) Véase Prosser, Tony, "Law and the regulators", 1997, Clarendon Press, Oxford, p. 16.

(37) Dalla Via, Alberto R., "Derecho Constitucional Económico", 1999, Ed. Abeledo-Perrot, ps. 148/149; Dworkin, Ronald, "El imperio de la justicia", trad. de Claudia Ferrari de la ed. de 1986, 1992, Ed. Gedisa, Barcelona, ps. 225/232.



a un estado mental colectivo, propio del cuerpo colegiado, dotado de facultades para sancionar leyes, con lo cual la tarea de interpretar implica indagar en ese estado colectivo o descubrir esa entidad (38) cuando el legislador no tiene una intención definida (39).

3. Se ha puntualizado que esa indagación se dificulta cuando transcurre un lapso lo suficientemente prolongado de tiempo (40). El transcurso de suficiente cantidad de tiempo podría tomar arduo el descubrimiento de la intención del legislador bajo la primera acepción, pero ostentaría un menor grado de dificultad bajo la segunda acepción a la luz de lo que se conoce como causación intencional (41), esto es, la interrelación entre la representación mental y el mundo: al emprenderse la labor interpretativa podría indagarse en el mundo que rodea al legislador para desentrañar la representación mental del resultado que pudo haber querido obtener.

4. Además, el apelar a la intención o voluntad del legislador implicaría ahondar en una dualidad conceptual (42): intencionalidad en el sentido de las diversas formas por las cuales la mente puede ser direccionada, o relacionarse con o acerca de objetos y estados de cosas en el mundo (43), o intencionalidad en el sentido de desear hacer algo, por ejemplo, ir a algún lugar (44).

5. En cuanto a los específicos dictámenes de las comisiones parlamentarias, no pueden soslayarse las fuertes críticas emanadas del juez de la Corte Suprema norteamericana Scalia en punto a su inhabilidad para develar la voluntad del legislador: el poder legislativo está dado a ambas Cámaras del Congreso, y las comisiones parlamentarias no legislan; el poder legislativo es el poder de hacer las leyes, no el poder de nombrar legisladores, y ese poder legislativo no es delegable en las comisiones (45).

No obstante lo dicho, en el caso el ente regulador fundó el rechazo del reclamo impropio –y complementó, bajo cierta perspectiva, la motivación del acto general ata-

cado– mediante la transcripción de los pasajes del debate parlamentario que entendió aplicables. Al así hacer, libre de los alcances del art. 16 CCiv. –o al menos sin fundar la inaplicación de dicho artículo–, se desprende del texto mismo (46) del art. 14 ley 24076, avanzó sobre el espacio que –entendió– la definición legal dejaba, para ir más allá de él, por las importantes razones de eficiencia que invocó y en el marco de las competencias que ejerciera.

### X. LA OPCIÓN METODOLÓGICA EN SEDE JUDICIAL

La mayoría de la Corte Suprema adoptó una interpretación literal (art. 16 CCiv., primer método), y la disidencia fundó cuidadosamente, en los precedentes aplicables de sólido andamiaje, la adopción de un método exegético específico: el que se apoya en las explicaciones, aclaraciones o informes de las comisiones parlamentarias encargadas del estudio de los proyectos que despachan.

Para ponderar la opción metodológica adoptada en sede judicial pueden asumirse dos distintos puntos de vista.

En primer lugar, puede entenderse que el orden dado en el art. 16 CCiv. es, en realidad, una jerarquía de criterios según la cual se apela al espíritu de la ley cuando las palabras de la ley resultan insuficientes; se apela a los principios de leyes análogas cuando el espíritu de la ley resulta inasequible, y así sucesivamente. En el marco de esta suerte de regla hipotética de agotamiento de métodos interpretativos, parecería adecuada la solución dada por la mayoría. Ahora, y en segundo lugar, si se entendiera que es procedente indagar en el espíritu de la ley o en la intención o voluntad del legislador sin previo agotamiento del anterior criterio consagrado en aquel artículo, parecería a todas luces procedente una interpretación como la que adoptara la disidencia que en el fallo se produjera.

Más en el marco de la específica materia regulatoria

involucrada en el salto la adecuación por la mayoría

1. En el caso no: objeciones a la ir había textos oficiales tiempo consider de 1992 y el dic 1997– como pai de los términos ante expresione en la misma.

2. Los actos de y entes de la Adr art. 3 LPA., ader el procedimiento hallarse dentro presa o implícit mente a la com también a la cor el caso, para m textualmente e dada esa mater vo, se requería y no la sola inte facultades reg como el texto manera, cualq otro órgano o mente por part ficar hacer lo q tener compete afectación de enfoque admir cia debida a la das, en el plar la reglamentac cada retroactiv terpretación re en que adquir agravo constit

(38) Bix, Brian, "Questions in legal interpretation", en Marmor, Andrei (ed.), "Law and interpretation", 1997, Clarendon Press, Oxford, p. 137 y ss., esp. p. 142.

(39) Sola, Juan V., "Constitución y Economía", 2004, Ed. LexisNexis-Abeledo-Perrot, p. 365.

(40) Waldron, Jeremy, "Legislators intentions and unintentional legislation", en Marmor, "Law and interpretation..." cit., p. 329 y ss., esp. ps. 332/333, refiriéndose, específicamente, a los framers, o padres fundadores de la Constitución norteamericana.

(41) Searle, John R., "Mind, language and society - Philosophy in the real world", 1998, Ed. Perseus, Nueva York, p. 105.

(42) Searle, "Mind, language and society..." cit., p. 85.

(43) Searle, "Mind, language and society..." cit., p. 85.

(44) Searle, "Mind, language and society..." cit., p. 86.

(45) Scalia, Antonin, "A matter of interpretation", Princeton University Press, 1997, Princeton, Nueva Jersey, ps. 29/37, esp. p. 35. En su voto concurrente en "Blanchard v. Bergeron", 489 US. 87 (1989), señala cómo un informe de comisión puede estar enderezado solo a influir sobre la futura interpretación jurisprudencial.

(46) Recordemos que la primera fuente de interpretación es la letra misma de la norma (conf. Vernengo, Roberto J., "La interpretación literal de la ley", 1971, Ed. Abeledo-Perrot, p. 8); véase, asimismo, la jurisprudencia citada en nota 55, entre otros precedentes.

involucrada en el caso es dable, empero, poner de resalto la adecuación de la opción metodológica adoptada por la mayoría del alto tribunal.

1. En el caso no se estaba ante las clásicas fuentes de objeciones a la interpretación literal (47); en efecto, no había textos oficiales diversos, no había transcurrido un tiempo considerable entre la sanción de la Ley del Gas de 1992 y el dictado de la resolución impugnada —de 1997— como para justificar un cambio en el significado de los términos empleados en esa ley; no se estaba ante expresiones equívocas o multívocas o ambiguas en la misma.

2. Los actos de alcance general que dictan los órganos y entes de la Administración, como es natural inferir del art. 3 LPA., además de tener que ser dictados mediante el procedimiento prefijado en la ley aplicable, deben hallarse dentro de los límites que la competencia expresa o implícita del órgano. Esos límites no hacen solamente a la competencia en el territorio o el grado, sino también a la competencia en función de la materia. En el caso, para modificar los presupuestos fácticos dados textualmente en la definición del art. 14 ley 24076, dada esa materia de competencia del órgano legislativo, se requería una ley posterior, decisión colegislativa, y no la sola intervención del ente autárquico dotado de facultades reglamentarias (48). En otras palabras, como el texto de la ley estaba dado de determinada manera, cualquier modificación posterior por parte de otro órgano o ente de la Administración, o eventualmente por parte del intérprete judicial, vendría a significar hacer lo que el legislador pudo haber hecho —por tener competencia para ello— pero no hizo (49), con afectación de las reglas de la competencia, bajo un enfoque administrativo, y con afectación de la deferencia debida a las decisiones democráticamente adoptadas, en el plano constitucional. Si a ello se suma que la reglamentación del ente regulador le iba a ser aplicada retroactivamente a la productora actora como interpretación regulatoria posterior, inexistente a la época en que adquiriera su título, privatización mediante, el agravio constitucional se tomaba aún más evidente por

mediar, además, afectación retroactiva (50) de derechos adquiridos por el accionariado.

3. Pero además, y más importante aún, esos actos de alcance general deben cumplir con una regla de congruencia, que abarca recaudos de transparencia en el sentido de que empleen términos o palabras con significado claro y universalmente aceptado, accesibilidad en el sentido de posibilidad de aplicación derecha, sin rodeos, y vocación de éxito tal que el contenido sustancial del acto general produzca en la realidad el resultado esperado por el autor, congruencia aquélla que hace a la política que inspira la reglamentación y que, según se ha señalado, surge de las palabras o términos que haya empleado quien proyectara el acto general (51). Bajo esta perspectiva, en el caso, escasa distancia separaría la ponderación de los diferentes aspectos enunciados y la literalidad de la reglamentación misma a los fines de evaluarla como congruente o no con la Ley del Gas.

4. La inclinación de la balanza a favor de una interpretación formalista literal surgiría también de consideraciones de eficiencia (52). Si se considera al texto de la ley como si fuera la cláusula de un contrato que fija derechos y obligaciones, sería aconsejable una interpretación textual, en tanto la misma forzaría *ex ante* a las partes a revelar o a incluir en el texto de la ley o de la cláusula contractual aquello lo que desean que sea puesto en ejecución, con notable reducción del espacio de discrecionalidad y privilegio de la certeza y la confianza recíproca. Correlato de ello sería que ulteriormente, al efectuarse la evaluación interpretativa, quien decide no podría sino estarse a ese texto, reflejo del acuerdo originario entre quienes sancionaron la ley y los beneficiarios (53). A su vez, la permanencia de dicho texto —en la medida en que no haya tenido modificación legislativa, cual es el presente caso— operaría a favor de la reducción de costos de transacción para los negocios concluidos bajo la norma textual en cuestión. Ésta parecería ser la inteligencia que gobernara precedentes de la Corte Suprema argentina tales como aquel en el que se interpretaran

(47) Se siguen las consagradas por Sagüés, Néstor P., "Teoría de la Constitución", 2004, Ed. Astrea, ps. 158/159. Ampliar, asimismo, en Eskridge, William N. y Ferejohn, John, "Statutory interpretation and rational choice theories", en Newman, Peter (ed.), "The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law", t. 3, 1998, Ed. Macmillan, ps. 535/540, esp. p. 535.

(48) Ampliar en Cassagne, Juan C., "Derecho Administrativo", 2002, Ed. LexisNexis-Abeledo-Perrot, ps. 175/178.

(49) Eskridge, William N. y Ferejohn, John, "Statutory interpretation" cit., esp. p. 536.

(50) Sobre esta clase de retroactividad ampliar en Mairal, Héctor A., "Control judicial de la Administración Pública", t. II, 1984, Ed. Depalma, p. 685/689.

(51) Se sigue a Diver, C. S., "The optimal precision of administrative rules", en Baldwin, Robert, Scott, Colin y Hood, Christopher (eds.), "Regulation", Oxford University Press, 1998, ps. 219/269, esp. p. 220; Baldwin, Robert, "Rules and government", Clarendon Press, 1996, Oxford, p. 179.

(52) Se sigue a Posner, Eric A., "Efficient norms", en Newman, Peter (ed.), "The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law" cit., t. 2, ps. 19/24, esp. p. 23.

(53) En este sentido, Posner, Richard A., "Economic analysis of the law", 1992, Ed. Little Brown & Co., Boston, Toronto, Londres, p. 534.

## Jurisprudencia anotada

categorías tarifarias (54); o presupuestos fácticos en el campo del derecho sancionatorio (55); o determinaciones sobre la formación del quórum de un órgano (56).

5. Tal preferencia, por las razones antedichas, operaría en forma suficiente (57). Ello, pues si el texto es claro, vgr., no es ambiguo, y puede ser aplicado derechamente, no resultaría congruente apelar otros criterios –como los que indican cómo resolver en caso de duda– a modo de sostén de una interpretación literal del texto. Si la opción metodológica adoptada es una –la literal–, y si se respeta el orden de preferencias preestablecido por el decisor –apego a la letra de la ley–, y ningún espacio para la duda queda, no resultaría congruente fortalecer la lectura de la unívoca letra de la ley con soluciones cuyo presupuesto legal lógico fuera la preexistencia de incertidumbre, duda o ambigüedad (58).

### XI. EN CONCLUSIÓN

Existe jurisprudencia que ha privilegiado la interpretación literal conforme a la letra de la ley. Sin embargo, se pecaría de simplista si no se admitiera que, al mismo tiempo, abundante jurisprudencia propicia rechazar el atenerse estrictamente a las palabras de la ley en razón

de que la búsqueda del espíritu que la nutre debe determinarse en procura de una aplicación racional (59) tal que se superen posibles imperfecciones técnicas de la instrumentación legal (60), se elimine el riesgo de un formalismo paralizante (61) o se eviten soluciones disvaliosas incompatibles con la tarea legislativa y judicial (62). No olvidemos que precedentes de honda repercusión humana, tales como el célebre “Saguir y Dib”, nunca hubieran visto la luz si hubiera mediado un ciego apego a la letra de la ley.

A título de reflexión personal, y en el específico campo económico y regulatorio involucrado en el presente, debe, empero, puntualizarse que no siempre las normas presentan una claridad como la que estaba involucrada en este caso –art. 14 ley 24076– a efectos de la determinación del alegado exceso en la reglamentación emanada del regulador.

En esa inteligencia, cuando esa claridad es, como en la presente causa, patente, esto es, cuando la norma, como acto comunicativo del legislador, es unívoca, sin dejar espacio para la discrecionalidad en una materia de evidente trascendencia económica, y no hace falta superar un resultado absurdo, irrazonable o manifiesto-

(54) “Edenor S.A. v. resolución 664/1999 ENRE”, Fallos 327:1220 (2004).

(55) C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 3ª, “La Equitativa del Plata”, del 4/10/2004; del mismo tribunal, “Ital Nat”, del 14/7/2004.

(56) “Distribuidora de Gas Pampeana S.A. v. Enargas”, Fallos 323:3139 (2000) (JA 2001-IV-241).

(57) Conf. “Metrogas S.A. v. Resolución regulatoria 6/10/1995”, Fallos 328 (23/6/2005).

(58) Sobre los efectos de la introducción de tales presunciones o cánones o principios generales, en el marco de una interpretación literal, ampliar en Scalia, Antonin, “A matter of interpretation” cit., p. 28.

(59) “Yacimientos Petrolíferos Fiscales v. Corrientes, Provincia de y Banco de Corrientes s/cobro de australes”, Fallos 315:158 (1992).

(60) “Obra Social para el Personal de Obras Sanitarias de la Nación v. Obras Sanitarias de la Nación s/cobro de aportes o contribuciones”, Fallos 318:1054 (1995) (JA 1996-I, síntesis).

(61) “López, Osvaldo A.”, Fallos 310:1797 (1987) (JA 1987-III-324), disidencia de los Dres. Caballero y Belluscio; “Sudamericana de Intercambio S.A.C.I.yF. v. Administración General de Puertos s/repeticón”, Fallos 312:2075 (1989); “Vera Barros, Rita E. v. Estado Nacional - Armada Argentina”, Fallos 316:3043 (1993) (JA 1994-III-75), voto de los Dres. Barra, Fayt y Cavagna Martínez; “Pluspetrol S.A. (TF 14.351-I y acum. 14.521-I) v. DGI.”, Fallos 326:2095 (2003).

(62) “López, Osvaldo A.”, Fallos 310:1797 (1987), disidencia de los Dres. Caballero y Belluscio; “Agosti, Orlando R. s/incidente de excarcelación”, Fallos 311:105 (1988) (JA 1988-III-538), disidencia del Dr. Fayt; “Bagnat, Juan C. v. Estado Nacional (Est. Mayor General Naval) s/retiro militar”, Fallos 311:255 (1988); “Troiani, Pedro N. v. Ford Motor Argentina S.A.”, Fallos 311:1499 (1988) (JA 1988-III-86), disidencia de los Dres. Petracchi y Bacqué; “Bagolini, Susana v. Instituto Tecnológico de Hormigón S.A.”, Fallos 314:1445 (1991); “Vera Barros, Rita E. v. EN. (Armada Argentina, Dirección Gral. de Personal Naval) s/beneficio de pensión”, Fallos 316:3043 (1993), voto de los Dres. Barra, Fayt y Cavagna Martínez; “Quiles, Alfonso C. s/robo en grado de tentativa”, Fallos 317:1440 (1994) (JA 1996-IV, síntesis); “Dessy, Gustavo G. s/hábeas corpus”, Fallos 318:1894 (1995) (JA 1995-IV-251), disidencia de los Dres. Nazareno, Belluscio y Levene; “Pcia. de Santa Cruz v. EN. s/nujidad (decreto 2227)”, Fallos 320:495 (1997), voto del Dr. Bossert; “Astilleros Príncipe y Menghi S.A. v. BANADE.”, Fallos 320:1495 (1997), voto del Dr. Bossert; “Silveyra, Alberto y otros v. Empresa Ferrocarriles Argentinos y otros”, Fallos 320:1546 (1997), disidencia de los Dres. Nazareno, Moliné O'Connor y López; “Congregación de la Santa Cruz y Pasión de Nuestro Señor Jesucristo v. Inst. Nac. de Previsión Social”, Fallos 321:2198 (1998); “Urteaga, Facundo R. v. EN., Estado Mayor Conjunto de las FF.AA. s/amparo ley 16986” (JA 1999-I-22), Fallos 321:2767 (1998); “Urteaga, Facundo R. v. EN., Estado Mayor Conjunto de las FF.AA. s/amparo ley 16986” (JA 1999-I-22), Fallos 321:2767 (1998); “Geuna, Graciela v. Ministerio del Interior”, Fallos 323:1460 (2000); “Bufano, Alfredo M. v. Ministerio del Interior”, Fallos 323:1406 (2000); “Quiroga, Rosario E. v. Ministerio del Interior”, Fallos 323:1491 (2000); “Cuíña, Rodolfo y otros s/contrabando e infracción a la ley 23771” (JA 2002-I-810), Fallos 324:81 (2001), disidencia de los Dres. Moliné O'Connor y López y del Dr. Boggiano; “Pluspetrol S.A. v. DGI.”, Fallos 326:2095 (2003); “Bustos, Alberto R. y otros v. EN. y otros s/amparo” (JA 2004-IV-257), Fallos 327 (26/10/2004), voto de la Dra. Highton de Nolasco; “Cabassi, Marta B. v. Caja Nacional de Ahorro y Seguro”, Fallos 327 (2/12/2004), disidencia del Dr. Zaffaroni; “Itzcovich, Mabel v. ANSeS. s/ajustes varios”, Fallos 328 (29/3/2005), RDLSS 2005-8-615, voto de los Dres. Maqueda y Zaffaroni; entre otros.

tamente inco-  
bras de la le-  
ficar lo que  
vetaran, y p  
ciudadana:  
está ante un  
más y nada  
como se sos  
se desprend  
nos inequív  
una pretend  
través de las  
sonas que o  
normas jurí

Una norma  
y, como sos  
primera fuer  
es clara (66)  
estas líneas,  
o desfavoral  
cados comp  
lativa brinda  
lador media  
colegislativo

No obstante  
a esta apret  
en que el te  
la interpreta  
dan contexto  
sobre sus es  
do de las pa  
una conven  
origina un c  
a interpreta  
apareciend  
ve) o subat  
puestos, de  
teria econó  
el intérprete  
fuentes, inc  
estudio del

(63) Es inevi  
(64) “Ozino (c  
dictamen de  
en “Municip  
(65) Black, J  
(66) “YPF S.  
(67) Galligan  
otros. Includ  
Press, 1990,  
(68) Sobre e  
del italiano a

**DERECHO DEL CONSUMO**

**Asociaciones de consumidores – Legitimación – Seguro contra robo de cajero automático – Débito compulsivo**

1 – Considerar contraria a derecho la legitimación de una unión de consumidores, alegando que cada perjudicado debió deducir personalmente el reclamo porque afectó al objeto de su derecho subjetivo, implica desnaturalizar el sistema de protección constitucional en materia de derecho del consumidor, ya que las sumas reclamadas consideradas individualmente poseen una cuantía ínfima.

2 – Aun asumiendo que la cuota de riesgo que entraña la operatoria de cajeros automáticos se encuentre dentro de la exclusiva órbita de discreción del banco, el contratar un seguro a su cargo no puede imponerse la obligación de tomarlo sin grave menoscabo a la libertad de contratación.

3 – El deber de seguridad no alcanza a justificar la contratación compulsiva de un seguro, por lo que no puede reclamársele al banco que brinde dicho servicio en forma gratuita.

4 – Resulta violatorio de la normativa de defensa del consumidor el débito efectuado en forma automática en concepto de seguro por robo de cajeros automáticos, ya que resulta un servicio que no ha sido requerido previamente por el consumidor y genera un cargo automático.

**C. NAC. COM., sala C, 4/10/2005 – Unión de Usuarios y Consumidores v. Banco de la Provincia de Buenos Aires**

Con nota de GERÓNIMO ROCHA PEREYRA

2ª INSTANCIA.– Buenos Aires, octubre 4 de 2005.

El Dr. Caviglione Fraga dijo:

I. La sentencia de fs. 453/460 hizo lugar parcialmente a la demanda incoada por la Unión de Usuarios y Consumidores contra Banco de la Provincia de Buenos Aires.

amente inconstitucional, bien puede darse a las palabras de la ley una buena oportunidad para dar a significar lo que los que las escribieran, sancionaran, no vetaran, y promulgaran, comunicaran a la audiencia ciudadana: en el caso, una definición de cuándo se está ante una comercialización de gas natural. Nada más y nada menos que ello (63). En otras palabras, y como se sostuviera, cuando la voluntad del legislador se desprende concreta e indudablemente de los términos inequívocos de la ley, sería falaz suplantarla por una pretendida voluntad del legislador manifestada a través de las declaraciones singulares de algunas personas que contribuyen a crear constitucionalmente las normas jurídicas (64).

Una norma es tan buena como su interpretación (65), y, como sostuviera en este caso la Corte Suprema, la primera fuente de interpretación es su letra cuando ella es clara (66). A todo evento, a la luz del caso que motiva estas líneas, un resultado, económicamente ineficiente o desfavorable a los usuarios o a la formación de mercados competitivos, producido por la definición colegislativa brindada en la ley, sería enmendable por el legislador mediante una ley posterior, fruto del mecanismo colegislativo constitucionalmente fijado.

No obstante lo dicho, no se puede soslayar, al arribar a esta apretada síntesis, que si bien existe coincidencia en que el texto es, al menos, el punto de partida para la interpretación (67), el mismo se toma inteligible en un contexto dado y a la luz de los antecedentes que le dan contenido. Las palabras no llevan el significado sobre sus espaldas; en el plano lingüístico, el significado de las palabras puede ser visualizado como fruto de una convención o contrato (68) que puede colegirse—origina un código. Además, frecuentemente, la norma a interpretar puede carecer de la mentada claridad, apareciendo ambigua, o sobreabarcadora (*overinclusive*) o subabarcadora (*underinclusive*), entre otros supuestos, desaconsejables, por cierto, cuando de la materia económica o regulatoria se trata. En estos casos el intérprete tendrá que tender la mirada hacia otras fuentes, incluso el trámite colegislativo, para encarar el estudio del caso.

(63) Es inevitable rememorar la célebre cita de Lewis Carroll, "Through the looking glass", cap. VI, p. 364.

(64) "Ozino Caligaris, Alfredo v. Instituto de Seguridad Social", disidencia de los Dres. Belluscio y Maqueda, con remisión al dictamen de la Procuración General, Fallos 327 (23/12/2004). Una interpretación opuesta se advierte, en materia tributaria, en "Municipalidad de Córdoba v. Ferrocarril Central Argentino", Fallos 114:298 (1911), esp. p. 304, y sus citas.

(65) Black, Julia, "Rules and regulators", 1997, Clarendon Press, Oxford, p. 19.

(66) "YPF S.A. v. Enargas, resoluciones 421/1997 y 478/1997", Fallos 328 (31/5/2005).

(67) Galligan, D. J., "Discretionary powers. A legal study of official discretion", 1992, Clarendon Press, Oxford, p. 292; entre otros. Incluso lo admite Sunstein, Cass R., "After the rights revolution. Reconceiving the regulatory State", Harvard University Press, 1990, Cambridge, Mass., p. 157, sin perjuicio de los diversos lineamientos que propone.

(68) Sobre esta postura puede ampliarse en Eco, Umberto, "Kant and the platypus. Essays on language and cognition", trad. del italiano al inglés de Alastair McEwen, cap. 5, 1997, Ed. Harcourt, San Diego, Nueva York, Londres, p. 280 y ss.

res y, en su mérito, condenó a este último a reintegrar a sus clientes que no hayan requerido, adherido y aceptado expresamente el servicio, las sumas de dinero —con más sus respectivos intereses— debidas en concepto de “seguro por extracción forzada en cajero automático y/o extravío de tarjetas de débito Bapro Visa Electrón”. Rechazó, en cambio, el aspecto del reclamo enderezado a que la entidad demandada continuara prestando gratuitamente el servicio. Sin perjuicio de ello, las costas del juicio fueron impuestas en su totalidad al banco demandado, toda vez que resultó vencido en lo sustancial de la controversia.

Para resolver en el sentido indicado, el *a quo* comenzó por dejar establecido que la entidad reclamante tenía legitimación activa, habida cuenta de su naturaleza y lo dispuesto por el art. 43 CN. (1) que consagra el instituto del “amparo” como remedio procesal idóneo para proteger los derechos del consumidor, así como los de incidencia colectiva en general. En esa misma línea, tuvo en cuenta los alcances del art. 52 ley 24240 (2), en cuanto completa alternativamente, a los fines de la legitimación activa en procesos judiciales, tanto al consumidor individualmente considerado como a las asociaciones que los nuclean, las cuales actúan, en tal caso, en representación de la generalidad de los afectados. Señaló que, a estar al art. 55 ley 24240, la objetiva afectación o amenaza de los intereses de los consumidores constituye la única condición para habilitar la actuación de entidades de esta naturaleza, sin que la inexistencia de un poder conferido por cada uno de los perjudicados pueda erigirse en óbice, en tanto ello desvirtuaría la esencia misma de la representación colectiva.

En lo que respecta a la procedencia del débito mensual que, en concepto de seguro por robo en cajeros automáticos, el banco dispuso sobre las cajas de ahorro y cuentas corrientes, el juez entendió que el obrar de la demandada importó, por parte de los usuarios, la asunción de un compromiso de pago no previsto en el contrato que los ligaba con el banco. En todo caso —expresó el anterior sentenciante— de considerarlo necesario en virtud de la grave situación de inseguridad imperante en el país, bien pudieron los interesados concretar *motu proprio* la contratación en cuestión, pero la imposición compulsiva del servicio exorbita las potestades que asisten a la entidad crediticia, quien no puede suplir la voluntad de los usuarios alterando los términos del contrato que regía en la relación.

A partir de las pruebas recogidas en autos (en particular la documental y pericial contable) el *a quo* tuvo por acreditado que el servicio aludido fue instaurado de un modo incausado e inconsulto, a la vez que sólo podía ser dado de baja si el usuario formulaba un requerimiento expreso en tal sentido. Esa circunstancia —con-

cluyó el juez— comportó la violación de lo dispuesto por el art. 35 ley 24240.

En otro orden, rechazó la pretensión de la actora, tendiente a que el banco continúe prestando el servicio de seguro, pero en forma gratuita, pues si los propios usuarios manifestaron su desinterés en la cobertura —razonó el juez— resulta contradictorio imponer a la demandada el mantenimiento de tal servicio.

II. Ambas partes apelaron. La actora expresó agravios a fs. 501/512, los cuales merecieron la réplica de la demandada a fs. 514/520; a su vez, esta última presentó el memorial de fs. 481/499, que fue respondido a fs. 521/532 por la entidad actora.

A fs. 554, el tribunal tuvo por parte del Ministerio Público, cuya representante dictaminó a fs. 546/553, propugnando la confirmación de la sentencia de primera instancia. De dicha pieza se corrió traslado a la contraria, quien lo respondió a fs. 556/564.

III. El volumen de los memoriales presentados y la cantidad y disímil naturaleza de las cuestiones expuestas en ellos por las partes, imponen la necesidad de señalar que, conforme reiterada y unánime jurisprudencia del más alto tribunal de la Nación, los jueces no están obligados a analizar todos los argumentos articulados por las partes, sino sólo aquellos que a su juicio resulten decisivos para la solución del litigio (Fallos 305:537; 307:1121).

IV. De las cuestiones planteadas en el profuso memorial del banco demandado, corresponde considerar en primer término las argumentaciones tendientes a sostener la incompetencia de la jurisdicción nacional a fin de entender en el conflicto sometido a juzgamiento. En lo referente a este extremo, el banco se dice acreedor de un privilegio que consistiría en excluirlo, como institución o establecimiento público, de la intervención jurisdiccional de la Nación (ver acáp. “Consideraciones adicionales”, fs. 486). Presenta la cuestión como coadyuvante a la conclusión de que la actora carece de legitimación y acción para iniciar la presente demanda colectiva y en esta sede “... por exceder los límites de su competencia y porque el banco no se encuentra sometido al estatuto legislativo nacional que pretende imponerle” (ver fs. 488).

El planteo resulta extemporáneo, pues debió efectuarse en la primera presentación del banco, al responder la demanda deducida (ver fs. 193/202). El temperamento seguido en esta instancia aparece entonces inprocedente desde un enfoque procesal, no sólo porque omitió introducir la cuestión en aquella oportunidad sino también porque consistió todas las actuaciones seguidas hasta la sentencia definitiva de primera in-

tancia. De asistiría al provincial ante la jurisdicción por lo que (“El tribunal al juez dar insalv instancia

V. Cuadra relativo a cación ac fallo que e mentales. exorbitó s sentación sino que, vos de pe hipótesis haber acc

En ocasid “...mi par la actora : demanda las suma: gtitimación sin embai patrimoni de debita to la endi por cada i e igualme derechos didas red minados i colige de agravios- cia de c sentación ellas la re sión del c vos”), no los fines : deducida rerezada mediante ra debita

Ciertame un tópicu erteza e antes bie elega Dr nes, corr

tancia. De este modo, el supuesto beneficio que le asistiría al banco en tanto persona de Derecho Público provincial –con la consiguiente “inmunidad” invocada ante la jurisdicción federal– no fue cuestión sometida al conocimiento y decisión del juez de primera instancia, por lo que la regla contenida en el art. 277 CPCCN. (3) (“El tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos al juez de primera instancia”), representa un valedar insalvable para su consideración en esta limitada instancia de apelación.

V. Cuadra ahora ingresar el agravio de la demandada relativo a la supuesta falta de legitimación en la asociación actora. Es a la revocación de este aspecto del fallo que el banco destina sus mayores esfuerzos argumentales. Sostiene, en esa línea, que la asociación exorbitó su ámbito de actuación, pues esta representación en nada comprometería un interés colectivo sino que, por el contrario, abordaría derechos subjetivos de personas determinadas, de modo que en una hipótesis de máxima, la Unión de Usuarios sólo podría haber accionado por el cese de los débitos.

En ocasión de responder la demanda, sostuvo que “...mi parte sostiene –y así se solicita se declare– que la actora se encuentra legitimada exclusivamente para demandar que el banco que represento cese de debitar las sumas”, en tanto que resistió enfáticamente la legitimación relativa a la restante pretensión. Se advierte, sin embargo, que, en última instancia, tanto contenido patrimonial tiene la acción dirigida a que la entidad deje de debitar la cantidad de \$1 mensual por cuenta, cuanto la enderezada al reintegro de esa misma cantidad por cada mes en que se efectuó la operación de débito; e igualmente, en uno y otro caso, estarían en juego derechos patrimoniales de índole individual, y las medidas redundarían en beneficio de puntuales y determinados clientes del banco. De tal modo, si –como se colige de los argumentos vertidos en la expresión de agravios–, la recurrente procura enfatizar la concurrencia de ciertas notas incompatibles con la representación colectiva (destacando continuamente entre ellas la relativa al “contenido patrimonial”, y la ubicación del conflicto en terreno de los “derechos subjetivos”), no alcanza a comprenderse la distinción que, a los fines de la viabilidad de una acción como la aquí deducida, efectúa entre, por un lado, la pretensión enderezada al cese de los débitos y, por otro, aquella mediante la cual se procura el reintegro de las sumas ya debitadas.

Ciertamente, no se trata la representación colectiva de un tópico respecto del cual pueda predicarse que existe certeza en la demarcación de su ámbito de actuación. Antes bien, y tal como lo pone de relieve el distinguido colega Dr. Monti en su tesis sobre la materia, conceptos tales como intereses difusos o derechos de incidencia

colectiva entrañan dificultades aún no superadas “...en la búsqueda por superar su significado, situarlos en la estructura de las normas que se refieren a ellos y, en lo posible, definir con nitidez los perfiles de una nueva categoría que los comprenda y aduzca sus efectos a la eficaz tutela de los trascendentes valores que ellos involucran” (ver “Los intereses difusos y su protección jurisdiccional”, 2005, Ed. *Ad Hoc*, ps. 21/22). De allí entonces que se imponga realizar un análisis del objeto litigioso que, alejado de todo perjuicio sobre la existencia de campos impermeables a esta disciplina insipiente, responda a criterios de realidad, procurando dar pleno efecto y vigor a la tutela constitucional mediante una interpretación que –como postula Gozáini– debe ser amplia, de tal suerte que no se recorten posibilidades y pretensiones en función de la naturaleza del derecho representado (ver Gozáini, Osvaldo A., “Tutela de los derechos de incidencia colectiva”, en La Ley del 12/4/2005). Y, por otro lado, tanto más se impone una indagación en el sentido descrito, cuanto que los insistentes planteos de la demandada sobre la supuesta falta de legitimación de la actora, van indisolublemente ligados a la naturaleza de la pretensión deducida; vale decir, el banco imputa esa carencia a la Unión de Usuarios en la medida en que el reclamo –siempre según su parecer– “...está vinculado a derechos subjetivos individuales y exclusivos de los ciudadanos o usuarios”, y en nada se relaciona con los derechos de incidencia colectiva previstos en el art. 43 CN. (ver fs. 561 vta. *in fine*).

VI. Si se repara en que el seguro de referencia se volvió operativo en el mes de abril de 2001 y el cese cautelar del débito tuvo lugar en el mes de mayo de 2003 (ver fs. 135/139 y 147), fácilmente se advierte que –a razón de \$ 1 mensual– a ninguno de los sujetos cuya representación se arroga la entidad actora se le habría ocasionado un perjuicio patrimonial superior a los \$ 25. Luego, desde el punto de vista del sentido común y las máximas de experiencia, atendiendo a lo que se acostumbra suceder “según el curso natural y ordinario de las cosas” (conf. pauta de apreciación art. 901 CCiv.), aparece inobjetable el argumento –esbozado también en el dictamen fiscal– de que ningún cliente alcanzado por el débito compulsivo se aventuraría a iniciar una acción, ya judicial, ya meramente administrativa, con el propósito de reivindicar tan nimia suma. Desde esta perspectiva, reputar contraria a derecho la legitimación de la actora, alegando que cada perjudicado debió deducir personalmente el reclamo por afectar la órbita de su derecho subjetivo, a todas luces implica desnaturalizar el sistema de protección establecido expresamente en la Constitución Nacional a partir de su reforma en el año 1994, el cual no gira en derredor de una estricta noción de indivisibilidad, en el sentido de que sólo deben considerarse comprendidas bajo su órbita aquellas pretensiones cuyo objeto sea materialmente indivisible

(puede citarse como ejemplo de esta herramienta restrictiva la defensa del medio ambiente). Como también lo destacara el Dr. Monti al comentar el fallo "Edesur" dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, en reflexión que resulta aplicable al *sub lite*, resulta errado reducir el enfoque de la cuestión al reclamo resarcitorio individualizado de cada usuario, toda vez que "... la acción de uno necesariamente involucra la previa declaración de responsabilidad de la empresa que presta el servicio público por el hecho causante del perjuicio, aspecto que concierne a todos por igual", insinuándose allí un dato que es paradigmático en la noción de interés difuso (conf. Monti, op. cit., p. 191).

La legitimación de la actora deriva, asimismo, del cumplimiento de una de las finalidades para las que fue creada (ver documental agregada a fs. 4/19), por lo que corresponde considerar que posee interés legítimo y, por ende, aptitud para accionar con el alcance que informa la pretensión aquí deducida (conf. Corte Sup., *in re* "Asociación de Grandes Usuarios de Energía -AGUEERA- v. Provincia de Buenos Aires" [4], Fallos 320:690; *id.* en "Asociación Benghalensis y otros v. Estado Nacional", del 1/06/2000 [LL 2001-B-126]). No constituye óbice el hecho de que la actuación sea en defensa de intereses patrimoniales individuales (conf. C. Nac. Com., sala E, *in re* "Dirección General de Defensa del Consumidor GCBA. v. Banca Nazionale del Lavoro", del 10/5/2005 [La Ley del 8/6/2005]); máxime, si se atiende a las particulares notas que presenta el caso en relación con este aspecto, antes destacadas.

Por lo demás, la vía procesal escogida no atenta tampoco contra la viabilidad de la pretensión sustancial. En primer lugar, las quejas que la apelante vierte sobre el particular aparecen dogmáticas, toda vez que se limitan a enfatizar la incompatibilidad entre el objeto litigioso y el trámite de amparo o sumarisimo, pero sin exponer cuáles serían en concreto los perjuicios que le irroga el cauce procesal dispuesto por el juez (ver fs. 489 vta.). Nótese que las constancias de la causa dan acabada cuenta de que no existió cercenamiento de las causas de ninguna naturaleza en cuanto a la actividad probatoria de las partes.

Así esclarecida la cuestión atinente a la representación invocada, y en función de la ilegitimidad de la operatoria analizada (según desarrollo efectuado en el ap. V de la presente), corresponde confirmar la condena dispuesta, bien que con el alcance que se tratará seguidamente.

VII. El perito contador interviniente (ver fs. 345) da cuenta en su informe de una extensa nómina de 1537 casos puntualmente identificados en los cuales se efectivizó el servicio de seguro contratado inconsultamente por el banco (ver fs. 345). Si bien tal cantidad

aparece irrelevante en comparación con el número de titulares de tarjeta Bapro Visa Electron (1.908.285, ver peritaje contable fs. 345), de manera tal que el dato en nada altera la sustancia de cuánto fuera expuesto precedentemente, corresponde sustraer a aquellas personas de la medida de reintegro ordenada, pues no puede asimilarse la situación de quienes, habiendo sufrido el débito, no obtuvieron rédito efectivo ninguno, a la de aquellos otros que, pese a no haber "requerido, adherido y aceptado" el servicio, se vieron sin embargo beneficiados por su prestación.

VIII. Cabe seguidamente tratar el agravio de la parte actora, que descalifica la decisión del juez en cuanto desestimó la pretensión de que la demandada continúe brindando el servicio en forma gratuita.

Al respecto, cabe considerar que, aun asumiendo —como es de público y notorio— la cuota de riesgo que entraña la operatoria en cajeros automáticos, se encuentra dentro de la exclusiva órbita de discreción del banco el contratar un seguro a su cargo, y no puede imponérsele la obligación de tomarlo sin grave menoscabo a la libertad de contratación, que entre sus diversas manifestaciones incluye, como es sabido, la de no vincularse. El "deber de seguridad" que, a juzgar por el tenor de las manifestaciones vertidas en el memorial aparece como el argumento esencial en procura de este aspecto del reclamo no alcanza a justificar la contratación compulsiva, pues aquel deber existe con independencia del contrato de seguro, y su violación, en atención a las particulares circunstancias de un caso puntual, conllevaría de todos modos la obligación indemnizatoria en cabeza de la entidad bancaria. Es la propia recurrente quien manifiesta —en igual orden de ideas— que "El banco no se encuentra obligado a prestar el servicio de cobertura en forma directa, y está en su derecho de contratar un seguro con un tercero" (ver fs. 504).

En tales condiciones, la decisión recaída sobre el punto debe confirmarse.

IX. Así dilucidadas, las cuestiones hacen al reintegro de las sumas debitadas y a la prestación gratuita del servicio, conviene aclarar que según lo expuesto en el escrito de demanda, la pretensión —globalmente considerada— incluía también un tercer ítem referido a que el Banco Provincia cesara de debitar las sumas en concepto del seguro de referencia. En relación con este aspecto del reclamo, se dictó la medida cautelar de fs. 135/139, por la que se ordenó el cese de la operatoria impugnada; y en el marco del incidente de apelación formado según la constancia de fs. 224, este tribunal confirmó —en lo sustancial— aquella medida. Ahora bien, es claro que la cuestión apuntada, en tanto atendida sólo desde la óptica cautelar, y efectivizada en tal

carácter definitiva. la parte d concluir c abordado quedó ins alusión e) correspor las facultades art. 278 (

En cuanto deviene o ley 2424( puesta al sido requi tomático ( obligue a cargo no s cepto es i mrobora co la entidad que imple a sus clie rifestación puso a dis bajo la m desistir de tas. A parl ción en qi pposiciones berse insti clientes q expresarse puesta a l ideas, cue 27/3/200: filiales", q mentará "l jas de aho

De otro lac to de la aci rrvocó con dida, tales tes para pl racter emi esta econó r otras e rta. Es cl rstitua ( rEN.

entonc ni tratadi egadora resame

carácter (ver fs. 237/239), requería de una decisión definitiva. Sin embargo, ateniéndose a la literalidad de la parte dispositiva de la sentencia apelada, forzoso es concluir que aquel primer ítem –malgrado haber sido abordado en el curso de la ponencia del *a quo*– no quedó inserto en el fallo *stricto sensu*, que contuvo sí alusión expresa a los otros dos puntos. De este modo, corresponde que el tema sea abordado en ejercicio de las facultades integradoras que asisten a la alzada (arg. art. 278 CPCCN).

En cuanto a lo sustancial de este aspecto del reclamo, deviene operativa la previsión consignada en el art. 35 ley 24240 en cuanto veda la realización de una propuesta al consumidor sobre un servicio que no haya sido requerido previamente, que genere un cargo automático en cualquier sistema de débito y, a su vez, lo obligue a manifestarse por la negativa para que dicho cargo no se efectivice. La hipótesis descrita en el precepto es claramente la de autos, extremo que se corrobora con la propia relación de los hechos que efectúa la entidad bancaria en su responde, en el que afirma que implementó el sistema de seguro y “[...] anotició a sus clientes que los consideraría adheridos salvo manifestación en contrario” (ver fs. 198 vta.). Todavía, puso a disposición de los clientes una línea telefónica bajo la modalidad “0-810” a través de la cual podrían desistirse del beneficio enunciado o bien efectuar consultas. A partir de lo expuesto, es ostensible la contradicción en que incurre la accionada cuando, al absolver posiciones, su representante legal manifiesta no haberse instaurado un mecanismo en virtud del cual los clientes que decidían no contratar el seguro debían expresarse en dicho sentido (ver fs. 384/385, respuesta a las posiciones 2, 3, 4 y 5). En igual orden de ideas, cuadra destacar el tenor de la circular “K” del 27/3/2001 en cuanto comunica “A nuestras casas y filiales”, que el seguro por extracción forzada se implementará “[...] de manera obligatoria para todas las cajas de ahorro” (ver peritaje contable, fs. 349).

De otro lado, ninguna prueba arrojó al proceso respecto de la acreditación de los presupuestos de hecho que invocó como determinantes para la adopción de la medida, tales como las reiteradas demandas de los clientes para obtener una protección de esa índole y el carácter eminentemente ventajoso –desde el punto de vista económico y en relación con los precios cobrados por otras entidades financieras– de la cobertura otorgada. Es claro que la comprobación de estos extremos constituía carga suya de conformidad con el art. 377 CPCCN.

Así, entonces, a modo de conclusión sobre el punto aquí tratado y en la inteligencia de la mentada facultad integradora del tribunal de alzada, corresponde acoger expresamente este aspecto de la petición inicial y, por

lo tanto, ordenar al Banco de la Provincia de Buenos Aires al cese del débito en concepto de “seguro por extracción forzada”.

X. En relación con lo peticionado por la fiscal general en cuanto a que se ordene el pase de las presentes actuaciones a la justicia penal, cabe destacar que la adopción de dicho temperamento se ha entendido justificada cuando –como en el caso– la conducta presumiblemente ilícita de la entidad financiera surge inequívocamente de los hechos de la causa y cuadraría *prima facie* en el tipo reglado en el art. 175 *bis* CPen. (conf. C. Nac. Com., sala A integrada, *in re* “Avan S.A. v. Banco Tomquist”, del 17/2/2004). De tal modo, una vez devueltos los autos a la instancia de origen, deberá disponer el juez la conformación de un incidente de ejecución de sentencia y proceder a la remisión antedicha.

XI. Por lo que se refiere a las costas del proceso, el resultado final del pleito, a tenor de las consideraciones vertidas, muestra la concurrencia de “vencimientos parciales y mutuos”, circunstancia que justifica el apartamiento del principio general consagrado en el art. 68 CPCCN como criterio para su imposición. Así, ponderando que el pleito ha resultado “parcialmente favorable a ambos litigantes” –piénsese en la envergadura patrimonial que encierra la pretensión desestimada–, los gastos causídicos corresponde sean soportados en un 80% por la demandada, y en un 20% restante por la entidad actora, criterio que cabe, asimismo, extender a las costas generadas ante esta alzada.

XII. Por todo lo expuesto, corresponde: 1) Confirmar la sentencia en lo principal que decide, con la sola modificación dispuesta en el consid. VIII relativa a la exclusión del reintegro del seguro; 2) integrar el pronunciamiento de primera instancia y disponer, en consecuencia, el cese del débito en concepto de “seguro por extracción forzada”; 3) disponer la remisión de los autos a la justicia penal con arreglo a lo expuesto en el pto. X; 4) imponer las costas de ambas instancias en un 80% a la demandada y un 20% a la actora.

Por análogas razones, los Dres. *Di Tella* y *Monti* adhieren al voto que antecede.

Por los fundamentos del acuerdo que antecede, se resuelve: 1) Confirmar la sentencia en lo principal que decide, con la sola modificación dispuesta en el consid. VIII relativa a la exclusión del reintegro de las 1537 personas beneficiadas oportunamente con la prestación del seguro; 2) integrar el pronunciamiento de primera instancia y disponer, en consecuencia, el cese del débito en concepto de “seguro por extracción forzada”; 3) disponer la remisión de los autos a la justicia penal con arreglo a lo expuesto en el pto. X; 4) imponer las costas de ambas instancias en un 80% a la deman-



## Jurisprudencia anotada

---

dada y un 20% a la actora.- Bindo B. Caviglione Fraga.- Héctor M. Di Tella.- José L. Monti. (Sec.: María G. Vasallo).

(1) LA 1995-A-26 - (2) LA 1993-C-3012 - (3) t.o. 1981, LA 1981-B-1472 - (4) LA 1998-I-309.

---

## Las asociaciones de usuarios ¿pueden demandar por la vulneración de derechos subjetivos de carácter

una exten:  
noció legíti  
rios y cons  
del tipo de  
tos de adn  
cada caso.

Tampoco s  
criterio, es  
secuencias  
indiscrimin  
ciaciones c  
en otras or